

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida
de los cadáveres en Estado de Excepción Sanitaria.**

AUTOR:

Guevara Bernal, Solange Margarita

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

TUTOR:

Pérez Puig-Mir, Nuria Phd.

Guayaquil, Ecuador

2 de septiembre del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Guevara Bernal, Solange Margarita**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTORA

Dra. Pérez Puig-Mir, Nuria, Phd.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Lynch, María Isabel

Guayaquil, 2 de septiembre del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Guevara Bernal, Solange Margarita

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: **La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida de los cadáveres en Estado de Excepción Sanitaria**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 2 de septiembre del 2020

LA AUTORA

Guevara Bernal, Solange Margarita



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, Guevara Bernal, Solange Margarita

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida de los cadáveres en Estado de Excepción Sanitaria**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 2 de septiembre del 2020

LA AUTORA:

Guevara Bernal, Solange Margarita

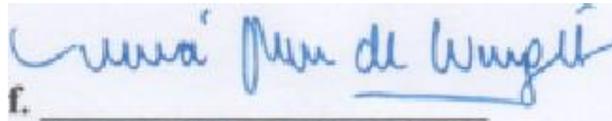
REPORTE DE URKUND

URKUND

Documento	TESIS Guevara Bernal, Solange, Tutor Dra. Perez.doc (D77765774)
Presentado	2020-08-14 11:36 (-05:00)
Presentado por	maritzareynosodewright@gmail.com
Recibido	maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Tesis Solange Guevara, Tutora Dra. Perez Mostrar el mensaje completo

2% de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
<input type="checkbox"/> Categoría	Enlace/nombre de archivo
<input type="checkbox"/>	DEMANDA DE ACION DE PROTECCION DEFENSORIA DEL PUEBLO KUMAI.docx
<input type="checkbox"/> Fuentes alternativas	
<input type="checkbox"/> Fuentes no usadas	



f. _____

Dra. Pérez Puig-Mir, Nuria

TUTORA



Guevara Bernal, Solange Margarita

ESTUDIANTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

AB. MGS. MARÍA ISABEL, LYNCH FERNÁNDEZ

DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

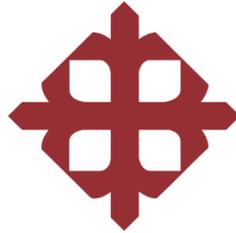
AB. MARITZA GINETTE REYNOSO DE WRIGHT

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

AB. RICKY JACK BENAVIDES VERDESOTO

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Periodo: UTE A-2020

Fecha: 25 de agosto de 2020

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación **La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida de los cadáveres en Estado de Excepción**, elaborado por la estudiante **Guevara Bernal, Solange Margarita**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicha estudiante ha obtenido la nota de **(10 /10)**, lo cual califica como **APTA PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, Phd.

Docente Tutor

CONTENIDO

1.CAPITULO I	2
1.1.MARCO HISTORICO	2
1.1.1.ANTECEDENTES HISTORICOS	2
1.2.MARCO TEÓRICO.....	4
1.2.1.DEFINICIONES	4
1.2.2.ELEMENTOS.....	5
2.CAPITULO II.....	9
2.1. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE SOSTIENEN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO:.....	10
2.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ECUATORIANO.....	10
2.3.DAÑO MORAL A TRAVES DE LA VIA CIVIL.....	13
2.4.DERECHO COMPARADO	14
3.CONCLUSIONES	15
BIBLIOGRAFÍA.....	18

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene por objeto el análisis de la responsabilidad que se despliega a causa de la ineficaz aplicación del protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, resultando en la pérdida de restos óseos durante el estado de excepción sanitaria, provocando inestabilidad jurídica, dolor y sufrimiento a sus familiares.

Con la información recopilada, se establecen las consecuencias ocasionadas por el daño moral y propiciado a los parientes de los cadáveres extraviados, teniendo así una visión más amplia en cuanto a la responsabilidad extracontractual que acarrea al estado ecuatoriano, cuya obligación es respetar y hacer respetar los derechos de los ciudadanos, y en caso de que el estado, sus delegatarios, concesionarios o una persona que actúe en ejercicio de una potestad pública ocasione un daño, este debe ser reparado en base a los principios constitucionales contemplados en nuestra carta magna, buscando mitigar la insatisfacción y sufrimiento por la pérdida de los restos.

Palabras Claves: Responsabilidad Extracontractual - Daño Moral - Constitución del Ecuador – Derechos – Perdida de Cadáveres – Indemnización.

ABSTRACT

The purpose of this academic paper is to analyze the responsibility that is displayed due to the ineffective application of the protocol for the manipulation and final disposal of corpses with antecedent and presumption COVID-19 Hospital, resulting in the loss of bone remains during the state of sanitary exception, causing legal instability, pain and suffering to their relatives.

With the information collected, the consequences caused by moral damage and caused to the relatives of the lost corpses are established, thus having a broader vision regarding the non-contractual responsibility that the Ecuadorian state entails, whose obligation is to respect and enforce the citizens' rights, and in the event that the state, its delegates, concessionaires or a person acting in the exercise of a public power causes damage, this must be repaired based on the constitutional principles contemplated in our charter, seeking to mitigate dissatisfaction and suffering for the loss of the remains.

Keywords: Non-contractual Liability - Moral Damage - Constitution of Ecuador - Rights - Loss of Corpses - Compensation.

CAPITULO I

1.1. MARCO HISTORICO

1.1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

A lo largo de la historia, podemos ver la evolución del concepto de responsabilidad extracontractual; en el siglo XIII mediante la acción de *trespass*, se buscaba resarcir los daños ocasionados a personas o sus propiedades, esta figura estaba ligada a la *Lex Aquilia*, que consistía en una pena pecuniaria en beneficio de los propietarios de los bienes lesionados; posteriormente la sentencia francesa del caso Blanco, en el año 1873, aniquiló las normas de responsabilidad subjetiva del Código Civil y comenzó el proceso de establecer sus propias reglas en la jurisprudencia de la concepción moderna de la responsabilidad del Estado con respecto a los servicios públicos.

Evolución de la responsabilidad extracontractual en las constituciones del Ecuador:

En la Constitución de 1946, en los artículos 160 y 178 se menciona que ninguna autoridad está exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones y que en caso de existir violación de las garantías constitucionales serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que estos ocasionen.

La Carta Magna 1967, establece que, ante la vulneración de derechos a un particular, se debía indemnizar por los daños causados a sus bienes y derechos; acogiéndose así a la teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado, en la cual se debía comprobar que se causó un perjuicio y que la causa de era por el servicio público.

La Constitución de 1998, incorpora la responsabilidad objetiva del Estado, en la cual el afectado debía probar el vínculo o nexo causal entre el daño ocasionado y el deficiente servicio. El ecuatoriano Dr. Ernesto López Freire, planteo lo siguiente: “La responsabilidad va encaminada con la obligación de que en cualquier daño que se cause a un ciudadano sin estar amparado por la ley o que la propia legislación lo diga, y que haya sido cometida durante el tiempo o periodo de sus funciones y dentro del ejercicio de su cargo”. (2003).

El esquema doctrinario proponía que se configure la responsabilidad del Estado

como de tipo objetivo, para los casos de vulneración de derechos por la mala prestación de los servicios públicos.

Posteriormente, la concepción indemnizatoria de la responsabilidad estatal fue replanteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en abril del año 2007 al analizar el art. 20 de la Constitución de 1998, dentro de la esfera del Derecho Público y determinar que el Estado debe reparar de forma directa los perjuicios a los particulares originados por el defecto funcional del servicio público o por la imposición de cargas publicas injustas que no se encuentran obligados a soportar.

Finalmente, en nuestra Carta Magna promulgada el año 2008, en su artículo 11, numeral 9, segundo inciso; se hace referencia a La responsabilidad extracontractual del Estado respecto de sus ciudadanos: “El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas” (Constitución del Ecuador, 2008). Esta responsabilidad Estatal debe ser expedita, para procurar la vigencia y resguardo de los derechos constitucionales, construyendo una nueva concepción enfocada sustancialmente a reparar los derechos violados mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y el Estado ejercerá su derecho de repetición en contra del funcionario responsable, conforme lo previsto en los artículos 11 numeral 9 y 86 numeral 3 de la Constitución, artículos 33 y 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículos 18 y 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1.2. MARCO TEÓRICO

1.2.1. DEFINICIONES

La responsabilidad extracontractual del Estado consiste en la búsqueda de soluciones dirigidas a conceder protección legal idónea a los ciudadanos que han sufrido un daño moral o material ocasionado de manera directa, por lo cual se deba ser indemnizado. Esa responsabilidad puede derivar de un acto o hecho legislativo, judicial o administrativo, realizados por los diferentes poderes del Estado.

“Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante, cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria” (Ledesma, 1999).

La pandemia de Covid 19, provocó que el gobierno ecuatoriano declare Estado de Excepción por emergencia sanitaria, en este contexto examinando la numerosa cantidad de denuncias públicas y la variedad de reportes realizados por diversos medios de comunicación nacionales e internacionales, en los que se alerta la confusión o el extravío de cuerpos de personas fallecidas, por tal motivo, la defensoría del pueblo presentó una acción de protección a favor de las familias guayaquileñas que no recuperan los cuerpos de sus parientes fallecidos/as durante la pandemia de Covid 19.

La Ley Orgánica de Salud indica que, ningún cadáver, puede conservarse insepulto o no ser cremado por más de setenta y dos horas; a pesar de ello, en situaciones emergentes como la que estamos viviendo, el Estado deben garantizar la conservación de los cuerpos en espacios idóneos que permitan la identificación de forma ágil y rápida para su posterior inhumación o cremación, siendo responsabilidad del Ministerio de Salud Pública, diseñar e implementar programas de atención integral y de calidad a las personas durante todas las etapas de la vida, esto incluye el instante de la muerte. (El Congreso Nacional, Reformado en el 2015)

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, obliga al Estado a adoptar todas las medidas adecuadas para la

búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos, así mismo el 28 de enero de 2020, entró en vigencia la Ley Orgánica de Actuación en Casos de Personas Desaparecidas y Extraviadas, ratificando los principios mencionados, obligando a las autoridades a ejercer oportunamente las diligencias necesarias para la investigación, búsqueda y localización de una persona desaparecida o extraviada; garantizando que en toda investigación imparcialidad, inmediata y eficaz.

1.2.2. ELEMENTOS

A continuación, vamos a analizar los elementos necesarios para se configure la responsabilidad extracontractual del Estado.

Primer elemento: La actuación del Estado. Miguel Marienhoff sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado puede originarse de un comportamiento determinado por parte del órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial (2003).

La actuación de cualquiera de estos poderes, debe siempre imputársele al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno y la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público se rige por los principios del derecho público que se encuentran contenidos en la norma suprema, siendo jerárquicamente superiores a los que encontramos en el Código Civil; tal y como lo hace nuestra Constitución en su artículo 11, numeral 9, segundo inciso: “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos” (Asamblea Nacional , 2008).

En la responsabilidad por culpa administrativa, por la falta o incorrecta prestación de servicios públicos, el Estado es el responsable de forma directa con el administrado, sin menester de determinar el funcionario público para la tutela del derecho del particular, luego el Estado ejercerá el derecho de repetición en contra del funcionario negligente.

Después de analizar el primer elemento podemos observar como el Estado ecuatoriano encaja en esta descripción, porque el manejo e identificación eficaz de los cuerpos, no solamente constituye un acto de dignidad para la persona fallecida, sino también precautela el estado de bienestar físico, mental y social de sus familiares; pero el Estado ha actuado de forma ineficaz al momento de aplicar los protocolos por emergencia sanitaria, vulnerando los derechos de los ciudadanos perjudicados y sus familiares.

Segundo elemento: El daño o perjuicio. La doctrina estima que el daño o perjuicio es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja (Hinestroza, 1967, p. 526) o dicho de otra manera, es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o alas aflicciones legítimas (daño moral). (Bustamante, 1999). El daño de ser:

- Cierto o real, es decir que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, como son los daños presentes y los futuros reales
- Especial, es decir, que sea particular a los administrados que soliciten la reparación y no a la generalidad de los miembros de una colectividad.
- Anormal, debiendo sobrepasar los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.
- Tratar una situación jurídicamente protegida.

(Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Publico, 2001)

TIPOS DE DAÑO: DE NATURALEZA PATRIMONIAL Y DE NATURALEZA EXTRAPATRIMONIAL:

Daño Patrimonial: Los perjuicios materiales son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero (Henaó, 1999), por ende, es un daño que provoca una afectación directa al patrimonio de una persona.

Daño Extra Patrimonial: La naturaleza de este daño es meramente subjetiva, ya que recae sobre bienes inmateriales. La afectación ocasionada no tiene repercusión en el patrimonio del perjudicado, por tal motivo, la indemnización no se busca reparar el daño sufrido o restablecer el derecho vulnerado; el resarcimiento procura compensar a la víctima por el dolor que ha sufrido, haciendo más soportable su pena y mitigando su sufrimiento. Puede ser:

- **Daño moral:** La jurisprudencia argentina sostiene que: “... el daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos” (Sessarego, El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000). Esto quiere decir que es la afectación a una persona a través de dolor o sufrimiento causado.

El Estado ecuatoriano ha ocasionado daños extra patrimoniales que causan sufrimiento en los parientes de los cadáveres extraviados, sin poder conferirles una despedida digna, o proporcionales los rituales respectivos a la creencia de cada persona, vulnerando así el derecho a la dignidad humana, el derecho a la integridad personal, el derecho a recibir servicios públicos de óptima calidad y el derecho a la seguridad jurídica.

Tercer elemento: Nexo causal: Entre la actuación de la administración y el daño irrogado debe existir una relación de causalidad, lo cual quiere decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño, como consecuencia de la necesidad de este nexo. (Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Publico, 2001).

Los hechos son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que actúan como condición del resultado, cada hecho es un elemento en una cadena causal; la cuestión es determinar en cada caso cuál de los hechos antecedentes es la causa de un cierto resultado.

En la actualidad predomina la teoría de la causa adecuada, según la cual, no todas las

condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, ésa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. (Sessarego, 2000)

Para establecer cuál es la causa de un daño de acuerdo a esta teoría, es necesario establecer un juicio de probabilidad, esto quiere decir que tenemos que examinar si tal acción u omisión del supuesto responsable era idónea para ocasionar cierto resultado; en relación a lo que un hombre de mentalidad normal, hubiese podido prever como consecuencia de sus hechos.

Ineludiblemente podemos apreciar que la vulneración de derechos y falta de seguridad jurídica que padecen los perjudicados se desprende del manejo ineficaz de los protocolos de emergencia durante este estado de excepción ocasionado por la pandemia Covid 19, lo cual provoco el extravío de los cadáveres.

2. CAPITULO II

El Problema Jurídico que abarca esta tesis es la vulneración del derecho a la identidad, al núcleo familiar y la falta de seguridad jurídica por parte del Estado, y la ineficaz aplicación del protocolo por emergencia sanitaria.

Guillermo Ospina, manifiesta que la arbitrariedad con la que se ejerce el derecho y que se constituye en el ejercicio del derecho sin la prudencia o cuidado propios de una persona diligente y cuidadosa, se transforma en un delito cuando lesiona una norma jurídica, cometida con el propósito de dañar, esto es cuando se procede con dolo y un cuasidelito o culpa cuando el uso inadecuado del derecho, obedece a negligencia o descuido. Y añade “el abuso del derecho, constituye fuente de obligaciones, si se produce un daño o perjuicio al derecho ajeno y existe un vínculo o nexo de causalidad entre este daño o perjuicio y el respectivo hecho ilícito” (Ospina, 1976)

Este problema jurídico tiene solución en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente con la aplicación del artículo 11 numeral 9 de la Constitución el cual establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El aumento de los cadáveres extraviados en el país es alarmante, como resultado de la no aplicación o la ineficaz aplicación del protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, causando daño moral a los familiares de dichos cadáveres, constituido por la sensación de incertidumbre y dolor que ocasiona el no saber que habría ocurrido de ser otra la actuación sanitaria recibida. Con el reconocimiento progresivo del daño moral, se revaloriza la noción de persona dentro del ordenamiento jurídico, otorgando significación a sus emociones y sentimientos, logrando así una visión más extensa de los seres humanos en toda su integridad.

2.1. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE SOSTIENEN LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO:

- Igualdad de los ciudadanos ante la Ley: Este principio está recogido en el artículo 66, de nuestra actual Constitución y hace referencia a que las personas nacen libres, y son iguales ante los derechos. (Asamblea Nacional , 2008)
- Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas: El Estado debe ser responsable y responder en caso de ocasionar un daño.
- Vigilia de los Derechos humanos: El Estado tiene la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos.

2.2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO ECUATORIANO

La Mesa Trabajo Técnica 2, Salud y Atención Pre-hospitalaria emitió el protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, modificado por última vez 1 de abril del 2020, debiendo ser aplicado por el personal de las instituciones públicas, privada, municipales, entre otras que estén involucradas en notificación, verificación, manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción Covid-19 en el ámbito hospitalario, las cuales incluyen establecimientos de salud del Primer, segundo y Tercer Nivel de Atención de Salud, a nivel nacional.

El artículo 282 del Código Orgánico Integral Penal presenta la figura de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, mencionando que la persona que incumpla órdenes, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Dicho artículo encaja en la situación actual, ya que los servidores públicos que trabajan en los establecimientos de salud tenían la obligación de cumplir con el protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, y su ineficaz aplicación provocó el extravío de cadáveres.

En la Gaceta Judicial Serie XVII N 9 Pág 2716, La Primera Sala de lo Civil y Mercantil considera: Que el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial son dos caras de una misma moneda, tienen un mismo origen, el hecho ilícito que ha causado agravio. Es un error conceptual, pensar que el reclamo por daño moral es absolutamente independiente y privativo del ámbito civil. (La primera sala de lo civil y mercantil).

El artículo 2232 del Código Civil, en su inciso tercero dispone “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”. La ex Corte Suprema de Justicia, al respecto ha señalado “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, (...) La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.” (Gaceta Judicial Serie XVII N 8, CIII).

En Guayaquil, la Vicedefensora del Pueblo, Dra. Rovira, presentó una acción de protección para que se declare la vulneración, por parte del Estado ecuatoriano y varias entidades del Ejecutivo, de los derechos constitucionales a la dignidad humana, integridad personal, derecho a recibir servicios públicos de óptima calidad y seguridad jurídica de las familias que aún no pueden localizar los restos mortales de sus parientes que fallecieron en el contexto de la emergencia sanitaria por la Covid-19, en la capital de la provincia de Guayas.

A través de esta acción se requiere que, a manera de reparación integral, se ejecuten - dentro de diez días de declarada la vulneración de derechos- las investigaciones necesarias para determinar la ubicación de los restos mortales, debiendo emplearse las ciencias forenses, en conjunto con las universidades y/o instituciones privadas, y un familiar de la víctima, para la búsqueda del cuerpo sin vida, brindando todas las garantías de bioseguridad y evitando la revictimización de la familia de dicha persona fallecida; y, en caso de que el cadáver conste

como sepultado, se efectúe la inhumación y pruebas científicas que aseguren la identificación del cuerpo.

La Defensoría del Pueblo solicitó que, una vez realizada esta diligencia forense, se proceda con la reparación material e inmaterial de parte de la entidad responsable, considerando los valores o gastos incurridos por los familiares durante los días de investigación y búsqueda del cuerpo de la persona fallecida; y, los probables costos por servicios funerarios que se adquirieron y no fueron utilizados por la pérdida del cadáver. Para proceder con dicha reparación material económica se observará la regla jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional.

En este contexto, la Institución Nacional de Derechos Humanos pidió, en la acción de protección, la aplicación de medidas pertinentes de rehabilitación y que se ordene la inmediata atención médico-psicológica a los familiares de las personas desaparecidas, incluyendo la atención a otros/as familiares del entorno indirecto que requieren esta ayuda profesional.

Como medida de satisfacción, toda vez que cese la declaratoria de emergencia sanitaria y en un término no mayor a 20 días, las entidades responsables deben efectuar un acto simbólico para pedir “disculpas públicas” a las familias que no encuentren los cadáveres de sus parientes fallecidos/as en el contexto de la emergencia sanitaria por Covid-19 en Guayaquil. Como garantía de no repetición, se pide que todo el personal, servidores/as y autoridades vinculados/as al cumplimiento de los protocolos para la manipulación y disposición de cadáveres con antecedente y presunción de Covid-19, tanto en el contexto hospitalario como extrahospitalario, sean capacitados/as a través de plataformas tecnológicas. La Institución Nacional de Derechos Humanos hace un llamado a las personas y familias que sufren esta afectación a que acudan a la Vicedefensoría del Pueblo en Guayaquil que, por desconocimiento o falta de información, no sean parte de esta acción de protección. (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2020).

2.3. DAÑO MORAL A TRAVES DE LA VIA CIVIL

Toda persona que ha padecido un daño, tiene derecho a ejercer una acción con la finalidad de recibir una indemnización o reparación, generalmente pecunaria.

El artículo el Art. 2232 del código civil establece que en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. (Congreso Nacional, 2005).

La acción indemnizatoria por daño moral es de categoría civil, indistintamente de las acciones penales y de otro tipo que se puedan ejercer.

Esto quiere decir que se debe realizar ante el Juez Civil competente y mediante la vía ordinaria, debido a lo dispuesto en el artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual se dispone que se tramiten por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación. (Asamblea Nacional, 2015), ya que dentro del ordenamiento jurídico no se le da un trámite específico.

El Dr. Abarca expresa que con respecto a la prueba del daño moral, es evidente que los procesos psicológicos que ocurren en la conciencia de una persona, no pueden ser apreciados sensorialmente por una persona distinta del que los experimenta; por lo cual, los sufrimientos físicos o psíquicos los siente en el interior de su conciencia el que los padece y por no ser aprehensibles, no admiten prueba directa, sino que se los entiende como una consecuencia del hecho generador del sufrimiento y que lo constituye la vulneración del derecho del ofendido. En tal virtud, probado el hecho generador o la vulneración del derecho del reclamante, el daño moral que se le ocasiona, aparece como una consecuencia necesaria, porque de conformidad con las leyes biológicas y psicológicas necesariamente el hecho generador o la vulneración del derecho ocasionan sufrimiento a su titular. (2011).

Por lo tanto, solo se debe probar el hecho generador del sufrimiento, que en este caso sería que determinada persona fue ingresada en algún hospital público y que sus familiares nunca recibieron su respectivo cadáver.

2.4. DERECHO COMPARADO

En España, mediante una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 2001, se aseveraba: “dentro de las creencias y sistema cultural vigentes en nuestra sociedad, que la desaparición de los restos de personas que, en vida, estuvieron rodeadas de estimación/afecto y cuya memoria se guarda, produce una perturbación moral/psíquica/sentimental, y origina unos daños/perjuicios morales, merecedores, en lo posible, de indemnización económica, dentro de unos límites razonables”. Reconociendo así, el derecho a indemnización por el sufrimiento a los parientes que se veían privados de los restos de los familiares por responsabilidad del Estado. (Chaves, 2020).

Posteriormente, la mayoría de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia otorgan indemnizaciones que oscilan entre 3000 hasta 12.000 euros aproximadamente por cada cadáver extraviado, a cargo del Ayuntamiento o del concesionario responsable de la gestión del cementerio.

Esta indemnización la otorgan por cada unidad de restos óseos extraviados, sea cuales fuere el número de herederos, y en otras ocasiones, los asignan por y para cada familiar afectado.

3. CONCLUSIONES

Hay responsabilidad extracontractual del Estado puesto que, el personal de las instituciones públicas, involucradas en la notificación, verificación, manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 se constituyen como representantes de la autoridad, en este caso del Estado, transformándolo en los responsable del daño producido, al haber aplicado de manera ineficaz el Protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario causando la pérdida de cadáveres, y provocando un profundo sufrimiento en sus parientes, contraviniendo de forma expresa a la Constitución.

Las dificultades que se presentan en la práctica para la reparación plena e integral del daño moral, han conllevado a que exista una indemnización, para pretender compensar el daño con el fin de atenuar sensaciones dolorosas, proporcionando recursos económicos a los afectados.

La equidad compensatoria, arraiga en obligar al responsable del detrimento a su respectiva reparación, por ende, es obligación del Estado Ecuatoriano resarcir el daño causado por sus representantes en uso del poder indemnizando a la víctima.

4. RECOMENDACIONES

Es fundamental establecer recomendaciones respecto al problema jurídico mencionado en la presente tesis.

En primer lugar, el personal de las instituciones públicas, privadas, municipales, entre otras, involucradas en notificación, verificación, manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 en el ámbito hospitalario, deben seguir y aplicar de forma eficaz y eficiente el protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, para así, evitar el extravío de cadáveres y el sufrimiento de sus familiares.

En caso de que el protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario no haya sido aplicado de manera eficaz, se debe exigir la inmediata aplicación de la Carta Magna, artículo 11, numeral 9, el cual establece que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (Asamblea Nacional , 2008).

En caso de que El Estado ecuatoriano, haya extraviado el cadáver de un familiar, sin dar ningún tipo de explicación, se puede exigir una indemnización, demandando daños morales, en caso de que no entreguen el cadáver, de acuerdo al principio de celeridad para que así los jueces atiendan lo más rápido posible.

Si después de agotar todas las instancias en el país, no hay una reparación, puede acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En casos en que los restos óseos se extraviaron, o se echaron a perder por otros factores causado por los servidores del Estado, sin ser posible su hallazgo o identificación,

la ley no ha fijado cuantía por tal concepto, por lo cual, lo ideal sería que se fijase una cuantía uniforme, y llegado el caso, en función del parentesco, en busca de mitigar la insatisfacción y sufrimiento por la pérdida de los restos.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca, L. (2011). *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Constitucion de la Republica de Ecuador. (2008). Asamblea Nacional

Codigo Organico General de Procesos.(2015). Asamblea Nacional Quito, Ecuador: Suplemento No. 506.

Bustamante Alsina, J. (1999). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires.

Camacho, L. M. (1999). *Manual practico de Indemnizacion de perjuicios*. Bogota: Ediciones Libreria del Profesional.

Chaves, J. (25 de Junio de 2020). *deLaJusticia.com*. Obtenido de <https://delajusticia.com/2009/04/28/de-las-indemnizaciones-por-extravio-de-huesos-o-como-los-muertos-cotizan-en-la-bolsa-judicial/>

Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Publico. (2001). *La responsabilidad del Estado frente a terceros*.

Congreso Nacional. (2005). *Codigo Civil*. Quito, Ecuador: R.O. Suplemento No. 46.

Defensoria del Pueblo Ecuador. (25 de junio de 2020). *Defensoria del pueblo Ecuador*. Obtenido de <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-presento-una-accion-de-proteccion-a-favor-de-las-familias-guayaquilen%CC%83as-que-no-recuperan-los-cuerpos-de-sus-parientes-fallecidos-as-en-el-context/>

Dromi, J. R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciencia y Cultura.

El Congreso Nacional. (Reformado en el 2015). *Ley Organica de Salud*.

Gaceta Judicial Serie XVII N 8. (CIII). 2295.

Henao, J. (1999). Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

La primera sala de lo civil y mercantil. (s.f.). Gaceta Judicial Serie XVII N9. 2716.

Ledesma, A. B. (1999). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogota: Editorial Leyer.

López, E. (2003). La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador. *Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco*. Quito.

Marienhoff, M. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mercantil, L. p. (s.f.). Gaceta Judicial Serir XVII N 9. 2716.

Nacional, A. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*.

Ospina, G. (1976). *Regimen General de las Obligaciones*. Bogota.

Sessarego, C. F. (2000). *Daño psiquico* . Madrid: Norma.

Sessarego, C. F. (2000). El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 28.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Guevara Bernal, Solange Margarita**, con C.C: **#0804494730** autora del trabajo de titulación: **La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida de los cadáveres en Estado de Excepción Sanitaria**, previo a la obtención del título de nombre **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **2 de septiembre del 2020**

Nombre: **Guevara Bernal, Solange Margarita**
C.C: **0804494730**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La responsabilidad extracontractual del Estado Ecuatoriano por la pérdida de los cadáveres en Estado de Excepción Sanitaria.		
AUTOR(ES)	Solange Margarita, Guevara Bernal		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dra. Nuria Pérez Puig-Mir completos		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	2 de septiembre del 2020	No. DE PÁGINAS:	19
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho, Ciencias Forenses, Problemas Sociales		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Responsabilidad Extracontractual - Daño Moral - Constitución del Ecuador – Derecho Constitucional – Pérdida de Cadáveres – Indemnización.		
RESUMEN:	<p>El presente trabajo académico tiene por objeto el análisis de la responsabilidad que se despliega a causa de la ineficaz aplicación del protocolo para la manipulación y disposición final de cadáveres con antecedente y presunción COVID-19 Hospitalario, resultando en la pérdida de restos óseos durante el estado de excepción sanitaria, provocando inestabilidad jurídica, dolor y sufrimiento a sus familiares. Con la información recopilada, se establecen las consecuencias ocasionadas por el daño moral y propiciado a los parientes de los cadáveres extraviados, teniendo así una visión más amplia en cuanto a la responsabilidad extracontractual que acarrea al estado ecuatoriano, cuya obligación es respetar y hacer respetar los derechos de los ciudadanos, y en caso de que el estado, sus delegatarios, concesionarios o una persona que actúe en ejercicio de una potestad pública ocasione un daño, este debe ser reparado en base a los principios constitucionales contemplados en nuestra carta magna, buscando mitigar la insatisfacción y sufrimiento por la pérdida de los restos.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593980325183	E-mail: solangi_guevara@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-4-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			